

经济犯罪立法完善的部门法关系分析

黄晓亮*

内容提要：国家立法机关在制定经济刑法规范伊始，就考虑到了对经济违法行为在处理上的部门法关系问题。对经济犯罪，即便主张刑法的积极干预，也不能忽视其发生领域的特殊性，应承认经济刑法中罪刑规范的从属性，从而综合发挥部门法的功能，使得刑法与经济法在适用效果上有效融合，应对经济犯罪，恢复经济秩序。在过去较长时间内，我国的刑法适用忽略了经济犯罪的特殊性，有些做法和措施不符合经济刑法的秩序性要求。因此，有必要从部门法的关系出发来考量刑法中经济犯罪之罪刑规范的立法完善问题。

关键词：经济犯罪 经济刑罚 罪刑规范 部门法 经济违法

20 世纪 70 年代末期，党和国家确定了改革开放的基本国策，并调整 and 改变相关的经济和政治体制。作为一种保障法，^{〔1〕}在社会和经济变革的情况下，刑法因其特别的作用而受到了充分的重视。对经济领域发生的严重违法现象，刑事法界持一种不可放纵、绝不姑息的态度，从刑事法角度研究相关的规制问题，因而 20 世纪 80 年代初期开始，经济犯罪作为对经济领域犯罪现象的概称，成为刑事法界的关注热点，^{〔2〕}而研究经济犯罪的刑法理论，亦被称为经济刑法。时至今日，不管是理论上对经济犯罪和经济刑法的研究，还是刑法实践中对经济犯罪的处理，都遇到过许多比较重要且复杂的疑难问题，其中，关于经济犯罪在刑法中的具体定位，则是重中之重，而这在根本上涉及刑法与其他部门法的关系问题。从一定层面上讲，部门法的关系在经济犯罪的立法和司法中有着至关重要的作用，能够影响防治经济犯罪或者经济刑法发展的方向与效果，因而有必要给予相应的分析与讨论。

* 黄晓亮，北京师范大学法学院教授。

〔1〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2017 年版，第 21 页。

〔2〕 参见《江华院长在七省信访申诉工作座谈会上的讲话》，载《人民司法》1982 年第 6 期。

一、以部门法关系为内核的经济犯罪立法出发点设定

党和国家将经济建设作为社会发展的中心任务，同时也认识到经济活动中可能出现的各种违法行为，并且深知这些违法行为对社会可能造成的严重危害。因而在1979年《刑法》制定过程中，国家立法机关相关部门在《中华人民共和国刑法（草案）》中均将“破坏社会主义经济秩序罪”列为分则的重要一章。而且，彭真同志在五届全国人大二次会议上所做的《关于七个法律草案的说明》中，进一步做了非常清楚、明确的阐述，即“刑法的任务仅限于处理刑事犯罪问题。不能把应按党纪、政纪和民法、行政法、经济法处理的并不触犯刑法的问题，列入刑法，追究刑事责任”。〔3〕当然，从表述上看，彭真同志的阐述不限于经济领域中的各种危害活动，但不可忽视的是，其对于经济违法犯罪活动的处理，有着相当重要的指导意义。以笔者之见，该说法非常鲜明地体现出党和国家对于经济领域违法犯罪活动的认识和立场，也可以说，党和国家对经济领域犯罪活动确定了应对和防治的刑事政策。

（一）刑法积极干预主义

就我国而言，即便在新中国建立之后进入社会主义国家的发展时期，历史上的重刑主义传统仍有着广泛和深刻的影响，因而对经济领域的违法犯罪以刑法乃至重刑治之，其实并不拂逆管理阶层和民众的认识。或者说，在我国的各个朝代和各个地区，在文化上都认同以刑法治理社会的观念，甚至有“乱世用重典”的说法。不过，在很多时候，刑法的这种作用很容易被界定为刑法工具主义，即仅仅将刑法作为治理社会、防治犯罪的手段，并不赋予或者强调其保障人权的机能。〔4〕

即便如此，我们也不能有意忽视传统刑法观念的合理之处。积极地发挥刑法的作用，使得刑法能适应并促进社会的发展，是各个历史时期社会管理者的基本认识。〔5〕而实际上，以能动的观点看待和适用刑法，本身符合刑法作为法律体系之一部分的特性。社会之存在和发展，需要基本乃至良好的秩序。在有序的社会中，人们才能进行合作。而建构并维持有序的社会，法律是不可或缺的要害。人们按照法律确定的规范行为，享受权利、履行义务或者责任，才能建立适当的秩序。因此，尽管不能认为秩序是法律最重要的价值，但可以认为，秩序是法律的基本价值。若不能实现并维持社会的秩序，法律便失去了存在的意义。从这个意义上来看，越是混乱的社会，越需要秩序，进而越需要适合的法律制度；从混乱状态脱离出来的社会，要建立新的秩序，也要通过立法来建构法律规范体系，通过司法来运行法律制度，使得法律规范成为人们的行为准则。对于刑法而言，亦是如此。〔6〕

20世纪70年代末期，我国从以前的混乱状态逐步脱离出来，需要尽快为经济和社会发展进行重建秩序的工作。党和国家充分认识到在这个过程中包括刑法在内的各种法律的基础性作用。

〔3〕 彭真：《彭真文选》（一九四一——一九九〇年），人民出版社1991年版，第374页。

〔4〕 参见沈雯辉：《略论经济犯罪与经济立法》，载《内蒙古社会科学》1981年第3期。

〔5〕 参见蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社2005年，引言，第2页。

〔6〕 参见黄晓亮：《论我国刑法修正的秩序价值优先性——以〈刑法修正案（九）〉为视角》，载《法学杂志》2016年第3期。

各种危害社会的违法活动并不会因为当时的社会状况和力求改变这种状况的国家政策而自动减少或者消失。相反，因为旧的做法被抛弃，新的制度尚未建立，人们反而受到更少的约束，在制度空白的情况下更加积极地追求个人利益乃至欲望的满足，从而出现危害社会、破坏秩序的种种情形。对于社会治理者来说，这种情况坚定了他们为重建秩序而充分发挥法律尤其是刑法之作用的决心，促使他们更为激进地将秩序建构的希望寄托在法律尤其是有强制力的刑法、行政法上。因而当时党和国家发布相关文件，态度鲜明且立场坚定地应对经济犯罪。例如，1982年，中共中央在1月中旬发布了《中央紧急通知》，在3月初发布了《广东、福建两省座谈会纪要》，在4月13日又与国务院联合发布了《关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》，这些文件的主旨均是动员全国社会各界惩治和防范经济领域里的犯罪活动。

尽管我们不能说当时党和国家比较依赖刑事法惩治经济犯罪的作用，但从各种文件来看，可以认为，党和国家对刑事法寄予了相当大的希望。后来的“严打”刑事政策其实也逐步将对经济犯罪的惩治包括进来。^{〔7〕}我们可以理解理论上对严打刑事政策的批评，其分析包括决策者过于考虑民众关于刑罚对社会积极作用的概念，还有论者将之与刑罚民粹主义相联系。^{〔8〕}但是，以今日的视点，观察全球各国治理犯罪的政策和相关立法情况，可以看到，很多过去坚持刑罚宽缓化的国家其实也随着社会条件的变化而调整刑罚政策，逐步改变乃至放弃宽缓化的刑罚政策（如荷兰）。^{〔9〕}因而笔者认为，将秩序建构和维持的希望置于刑罚之上，其实是比较正常的，因为民众的自发性不足以维持社会的秩序需要，反而对民众自身的社会活动产生阻碍，民众也会重新审视政府建构和维持秩序的职责，并强化这种职责。那么，按照刑法积极干预主义的思路，积极发挥刑法或者刑罚在社会治理中的作用，使之较为广泛地干预社会活动中的危害行为，并非属于必须摒弃的刑法理念。如就我国相当长时间内的刑事立法而言，有论者就提倡应当严密刑事法网的观念。^{〔10〕}

（二）部门法功能综合主义

社会的治理不可能仅仅通过某一种法律的运行来实现。尽管对于中国古代的法制状况，理论上多以“刑民不分”进行批评，但从调整的关系和保护的对象上看，社会治安秩序和民间交换关系显然存在很大的不同。对于民间交换关系的调整，国家也并非一概以刑事手段来进行。随着社会的发展，今日社会关系的复杂程度明显超越了过去封建社会乃至资本主义社会初期的情形。对于复杂的社会关系不能采用单一的社会治理模式来调整。那么，区分社会关系类型就是社会治理的基本前提，即根据社会活动的不同特点，划分不同的社会活动领域，界定不同社会活动领域中的社会关系，根据这些社会关系的特点来确定相应的行为规范。以此出发，我们完全可以理解20世纪90年代经济体制改革过程中，党和国家何以作出关于“明晰产权、分清责任”的宏观决策。现代法律理论也正是根据社会关系的不同类型和特点来界定不同的部门法。由此可见，根据不同

〔7〕 参见刘仁文：《刑事政策初步》，中国人民公安大学出版社2004年版，第346页。

〔8〕 参见李怀胜：《刑事立法的国家立场》，中国人民公安大学出版社2015年版，第167页。

〔9〕 参见〔英〕尼古拉·蕾西：《囚徒困境：当代民主国家的政治经济与刑事处罚》，黄晓亮译，中国政法大学出版社2014年版，第86页。

〔10〕 参见储槐植：《严而不厉：为刑法修订设计政策思想》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）1989年第6期。

类型的社会关系界定不同纠纷或者违法活动的具体性质,进而以不同的部门法来应对,是社会治理的基本特点。相应地,在一个国家或者地区的法律体系中,不同部门法的相互关系因各种不同的功能而存在显著的区别。

然而,任何国家或者地区的法律都是面对活生生的人所组成的社会来发挥作用的。因此,不同的部分法要从自身功能的角度出发,去调整相同或者不同的主体之间的不同社会关系。没有哪个国家或者地区仅靠一个部门法来应对社会生活中的种种难题。某个国家或地区也许会根据社会实际情况而较多地依赖某个部门法,但并不是说其他部门法都要舍弃。有关国家机构依照不同部门法所赋予的权力和职责对违法情形进行处理,这一点在我国的刑事法中也有明确的规定。就民法和刑法的关系而言,我国《刑事诉讼法》以专门的章节规定了刑事附带民事诉讼的内容;就刑法和行政法的关系而言,我国《刑法》在分则中规定了相关的犯罪,以此界分刑事责任和行政法律责任。尽管从理论上讲,这还不够的,^[11]但其比较明确地体现出部门法的现实关系,即各自发挥作用,相互配合,在效果上形成有机的统一。因而部门法功能的综合和效果的融合,就是法律与社会互动的基本轨迹。结合我国改革开放初期的社会情况,以今天的视角来看,在迫切需要发展经济的情况下,针对经济领域可能或者已经出现的违法现象,党和国家在当时的方针就是尽快建构全面的法律制度,以法律来治理各种违法活动,从而确立和维持社会发展所依赖的稳定秩序。当时的党和国家领导人很清楚各个部门法的功能,并没有将刑法作为应对各种社会矛盾、违法乱纪现象的灵丹妙药,而是比较明确地指出“刑法的任务仅限于处理刑事犯罪问题”。

所以,可以认为,依部门法功能综合主义的思路应对经济犯罪,是党和国家在改革开放初期所确定的方针。不过,这里需要考量的是,就治理经济犯罪而言,经济法与刑法之间存在何种关系。对此问题的分析起点却是经济法与民法、行政法的关系。这种关系为20世纪80、90年代的法律理论所热烈关注。其中比较基本的认识就是经济法调整商品关系。^[12]尽管也有不同的意见,认为经济法不是独立的部门法,^[13]但是,大多数学者还是倾向于将经济法界定为独立的部门法。此后,我国经济体制从计划经济向市场经济转变,而关于经济法及其地位的讨论也有所加强。关于经济法独立地位的认识,逐步成为法律界的共识。不同于民法、行政法,经济法所强调的是理顺经济主体在经济活动中的法律关系,即便是以民事责任或者行政法律责任来追究相关的经济侵权或者违法活动,但所强调的也是将经济主体限定于合法的范围之内,恢复经济法律关系,使得经济主体的经营活动符合国家经济发展的秩序要求,而不是像民法那样平衡民事主体之间的权利义务关系,像行政法那样通过行政制裁来维持特定秩序(如社会治安、交通安全等)。于刑法而言,即便是对经济领域里的犯罪活动,其机能也是通过刑事制裁的形式得以实现,换言之,无刑事制裁(刑罚),则无刑法。而在制裁的语境之下,刑法或者刑罚可能难以像经济法那样,对经济主体的活力保持、经济活动的活跃性给予充分关注,单纯依赖于刑

[11] 参见〔日〕佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之等译,北京大学出版社2012年版,译序,第1页。

[12] 参见江平、陶和谦:《谈谈经济法与民法的划分问题》,载《北京政法学院学报》1979年第2期。

[13] 参见刘春茂:《经济法不能成为独立的法律部门》,载《现代法学》1983年第3期。

法，即便能有效地制裁经济犯罪，但市场经济本身的活力可能会降低乃至丧失。在此语境之下，即便强调经济刑法规范的独立性，其含义也是对于其他刑法规范的独立性，并非能够忽视或者脱离相应之经济法规范而存在。^{〔14〕}就此而言，在我国社会主义市场经济发展中，综合性地发挥各个部门法的作用，使得不同部门法真正成为有机的系统，实现部门法功能综合主义的要求，内在的合理性自不待言。

二、经济犯罪认定和处理中的部门法关系缺位

自1979年《刑法》颁行后，国家立法机关一直很重视惩治和防范经济领域新型的严重危害行为，并以单行刑法和附属刑法的方式将其规定为犯罪。相应地，最高司法机关对经济犯罪也当然地给予重视。所不同的是，最高司法机关在司法解释文件中明确使用了“经济犯罪”这一词语，且持续了几十年。如最高人民法院、最高人民检察院于1985年7月18日联合发布《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》，十余年后，最高人民法院于1998年4月21日发布了《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》，后又于2003年11月13日发布了《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》；最高人民检察院、公安部于2001年4月18日联合发布了《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》，^{〔15〕}于2017年11月24日联合发布了《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》。而最高人民法院、最高人民检察院在每年全国人民代表大会上提交审议的年度工作报告，也会对经济犯罪的审判或者公诉情况作出总结。然而，这并非意味着将近四十年来我国在经济犯罪的惩治上没有疏漏和不足。只有进行理论上的检视，才能看清其中所存在的问题和不足。

（一）经济犯罪之司法处理的回顾性考察

如前所述，我国在改革开放之初即认识到以刑法治理经济领域中违法犯罪的双面性特征，因此一方面发挥刑法的积极干预功能，另一方面也注意发挥其他部门法的功能。不过，政策和方针的贯彻依赖于具体的司法活动，且因种种因素的影响，处理经济犯罪的实际状况在不同的时期和地区呈现出很大的差异，司法效果也各不相同。以今日之立场看，过去四十年我国在处理经济犯罪方面存在客观的缺憾和不足。

1. 对经济犯罪范围的界定长期存在困惑

哪些犯罪属于经济犯罪，是经济犯罪刚进入刑事法界视野时开始争论的问题，但直到如今也没有令人满意的回答。关于经济犯罪，最初粗浅的认识将其界定为经济领域里的违法犯罪活动，但这样宽泛的界定显然脱离了刑法规范的性质，且并没有明确指出哪些犯罪是经济犯罪。前述最高司法机关、公安部关于经济犯罪之认定的相关规范性文件，从经济犯罪之司法认定的角度出发，自行划定了经济犯罪的范围，但也存在很大的差异。依最高人民法院之规范性文件，经济犯罪包括职务犯罪、渎职犯罪以及以合同方式实施的诈骗犯罪；依最高人民检察院、公安部的规范

〔14〕 参见刘伟：《经济刑法规范适用原论》，法律出版社2012年版，第98页。

〔15〕 最高人民检察院、公安部后来修改该规定，确定其名称为《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定》。

性文件,经济犯罪包括破坏社会主义市场经济秩序的相关犯罪、侵犯财产的相关犯罪。而有些学者将妨害社会管理秩序的相关犯罪(如污染环境罪等)也置于经济犯罪的范围中。在司法实务领域,似乎是撇开复杂的理论争议,从程序和规程上就经济犯罪的处理问题作出规定,如前述最高人民检察院和公安部发布的《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》。于理论而言,显然这是不够的。如果限缩经济犯罪的范围,那么,司法实务机关的规定就缺乏合理性;若扩张经济犯罪的范围,那么,司法实务机关还需做更进一步的规定。但问题的关键是以何标准来界定经济犯罪的范围。有论者试图以经济刑法规范的特殊性作为解答此问题的路径,来界定经济犯罪的范围。^[16]

2. 对经济犯罪之危害性的认定很宽泛

即便是在规范的层面上界定了经济犯罪的范围,但经济违法行为在什么样的情况下具备达到犯罪程度的社会危害性,又是司法实务和理论探讨都必须面对的问题。最高人民检察院、公安部的相关规定尽管很全面地考查经济违法行为的表现,从其各个要素入手来界定危害性程度,如涉案数额、行为违法次数、给他人造成经济损失数额,但是,对经济违法行为在实质上造成了何种侵害,这些规定其实并没有给予深入的考虑。以虚假出资、抽逃出资罪为例,以涉案数额或者比例、直接经济损失作为认定犯罪的标准,同时还将接近标准、有违法行为作为认定情节。^[17]但该规定对资金回填、经营获利等问题并没有给予考虑。而从实质上看,虚假出资、抽逃出资罪之本质在于行为人对出资义务之违反及所造成之经济损失或者风险,若无此风险,或者事后消除了此风险,那么,继续追诉其实变成了对企业的伤害。对此,虽然可以从大的方面认为是经济犯罪的刑事追究缺乏必要和适宜的出罪机制,但也可以看出,司法实务机关对于经济违法行为之危害性程度的认定是相当模糊和粗浅的。其实,当前将很多经济违法行为予以犯罪化的做法,一方面无法摆脱相关经济法之规范的影响,另一方面又无法避开我国关于刑事犯罪之立法特点不同于其他国家或者地区刑事法相关规定的状况,简言之,将经济违法行为认定为犯罪,但无法显著地区别于一般的刑事犯罪。^[18]

3. 经济犯罪处理之效果评价差强人意

对于各种经济领域里的违法活动,司法机关认定为犯罪,发挥了刑法的惩戒作用,对我国经济的发展确实有积极的意义。但也必须看到,很多关于经济犯罪的认定存在很大的争议,当事人或者其家属利用各种渠道反映意见,有些甚至到今日还有定性和量刑方面的分歧。前者如当年争论非常激烈的吴英集资诈骗案,后者如刚刚改判的张文中职务侵占案。如果回顾前几年的孙大午非法吸收公众存款案,则能更清楚地看到相关争议。那么,为什么经济犯罪很容易引起人们的讨论且存在认识上的分歧呢?这是因为人们对特定的经济违法行为是否具有刑法上的社会危害性有不同的看法。在刑法上危害性与行为本身破坏特定管理秩序之间,并非不存在距离。如果认为不

[16] 参见涂龙科:《经济刑法规范特性研究》,上海社会科学院出版社2012年版,第29-36页。

[17] 参见《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第4条。

[18] 我国刑法所规定的犯罪普遍要重于欧美国家刑事法意义上的犯罪。参见梁根林:《刑罚结构论》,北京大学出版社1998年版,第56页。

存在差别，将行政违法行为无差别地认定为犯罪，那么，即便表面上看符合刑法规定，也会让人有不同意见，当事人不服判决，家属反复申诉，案件处理的社会效果和法律效果都很差。尽管不能排除立法的原因，如所谓的二次或者三次行政违法即成立犯罪的立法模式在理论上仍有很大争议，但是，很多情况下，经济犯罪处理之效果评价不高跟某些司法机关过于机械地理解相关经济犯罪的罪刑条文有很密切的关系，如不考虑企业规模和体量，一概以涉案数额来进行刑事追诉，或者一旦看到企业违法，不看具体的情节，就认定为犯罪。因而司法机关对经济犯罪的认定和处理，在有些情况下引发了非常激烈的社会争论和非常强烈的质疑，进而让人觉得处理的效果并不好。

（二）部门法关系思路的弱化乃至缺位

从现实的情况看，并非司法机关完全缺乏部门法关系的思维。但客观而言，很多情况下，部门法思维不是那么明确，很多观念和看法混杂在一起，使得司法机关处理经济犯罪的路径容易走向误区。

1. 刑事司法的不可回逆观

刑事司法活动是法定的犯罪侦查部门、检察机关、审判机关根据刑事法的规定依照其职权展开的，因而追究和惩治犯罪是司法机关的法定职责，没有合法的根据和理由，司法机关不得擅自停止涉嫌犯罪之案件的刑事诉讼活动。刑事诉讼的停止事由具有法定性。《刑事诉讼法》第16条规定了六种情形，其中，第一种情形有一定的抽象性，需要具体判断何为“情节显著轻微、危害不大”，第六种具有概括性，需要援引相关法律的具体规定来确定（如《刑法》第11条规定之外国人刑事责任豁免的情形）。而正是这种严格的规定，使得很多司法人员逐渐形成了刑事司法不可回逆的观念，即进入刑事诉讼的案件，不太可能回到初始不认为是犯罪的状态。尽管有“情节显著轻微、危害不大”这样的除罪理由和刑事诉讼阻断事由，但如何具体判断和确定，又是另外的复杂问题。^{〔19〕}在司法实务中，对于很多经济犯罪案件，因为涉及数额较大，往往不被认为“情节显著轻微、危害不大”；而对影响具体人员之财产权益的犯罪，如合同诈骗罪、职务侵占罪，又因这些人员恢复被侵害财产的意愿，司法人员在没有达成和解协议的情况下，更不会中止乃至停止刑事诉讼活动。至于经济犯罪发生的具体原因，如注册时资金紧张、经营中遭遇资金链断裂等等，更是不会为司法人员所考虑，作为停止刑事诉讼的理由。而之所以如此，就是因为司法人员不会过多考虑严重经济违法活动出现的原因，更不愿意区分发生原因和机制，将部分可以不作为犯罪处理的情形予以出罪，这充分说明司法实务中并没有足够看重部门法关系对于处理经济违法行为的作用，而是简单地将其推到刑事法领域，求得处理的快捷和严厉。

2. 逐渐弱化的实害观念

一般情况下，经济犯罪与其他类型犯罪的主要区别表现为发生的领域和造成的危害颇为迥异。经济犯罪发生在经济领域，多关涉社会生产、经济运行和商业经营，因而其危害就表现为非法获取经济利益，即赚取了不该赚的金钱。但是，根据我国刑法分则的规定，经济犯罪在行为类

〔19〕 参见齐文远、周详：《社会危害性与刑事违法性关系新论》，载《中国法学》2003年第1期。

型上有多种表现,如行为犯、结果犯、危险犯、数额犯、情节犯。就定罪情节而言,也有多种表现,如特定物品数量、特定活动涉及的资金数额(销售金额、偷逃税额、非法获利或者违法所得数额等)、造成经济损失数额、行政违法的次数(二次以上)等等。客观而言,依据这些情节,认定经济违法行为的危害性质以及程度,符合现实的具体情形。

但是,在上述情节中,有些纯属行为,有些属于涉及数额,有些属于实际侵害(造成损失)。结合经济犯罪的法定刑来看,不同的情节在定罪量刑上却适用了相同的法定刑种类和幅度,其合理性依据究竟为何呢?立法对此并没有明确的回答,但引导司法继续向前,最高司法机关发布的刑事司法解释对定罪或者量刑的数值进行了设定。例如,最高人民检察院、公安部于2001年4月18日发布了《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》,其中对抽逃出资行为以造成损失或者实施违法活动为入罪条件,但后来,最高人民检察院、公安部2010年5月7日又发布了《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》,改变了上述规定,以抽逃数额或者造成损失为入罪条件,明显地折射出经济违法入罪条件的非实害化倾向。那么,若非获得性的金钱数额,与其他数值表现的情节同样地予以刑事处罚,是否表明刑法对经济违法的过度干预呢?如若不从部门法关系的角度去考虑,自然不会得出肯定性的看法。但是,对非获利性的情节与获利性的情节一样地予以刑事处罚,就抹杀了行政民事法律法规对治理经济违法活动的作用,且因我国刑事处罚的严厉性,往往容易扼制市场经济的活力。其实,对于非获利性的经济违法行为,可以考虑通过行政处罚来处理;即便是罚款数额惊人,其实也能为民众所理解和接受,同时给企业以整改的机会,不至于造成企业经营的困境。^[20]当然,对于造成人员伤亡的经济违法行为,则不能姑息,可考虑与其他危害公共安全或者侵犯人身的犯罪,按照想象竞合原则来处理。

3. 有意无意被忽视的刑法严厉性

我国刑法在特性上区别于其他国家或者地区的刑法,其主要表现就是我国对相关犯罪规定了比较严厉的法定刑,即就同样类型和危害程度的行为,我国在将之予以入罪的同时,规定了比较严厉的刑罚。而且,我国刑罚当前仍是以自由刑为中心,以生命刑、财产刑为辅助。即便是我国实行社会主义市场经济体制已经很多年,但这种刑罚格局并没有根本性的改变。很多国家或者地区将罚金作为主刑,但我国并未跟随改动。在这种背景之下,我国在对危害行为犯罪化上,还体现出“厉而不严”的特点。^[21]如果说上述情形对传统刑事犯罪,如故意杀人等暴力犯罪、危害公共安全犯罪来说,不会使得我国刑法与其他国家或者地区有太明显的区别,那么,对经济犯罪而言情况就不同了。从实体法上看,我国刑法对经济犯罪仍是以自由刑为中心,以财产刑为辅助;在程序法上,对经济犯罪采用与其他类型犯罪比较一致的刑事强制措施,并不考虑涉嫌犯罪之企业的经营和经济状况,或者其工作人员所从事之具体工作,往往出现一旦涉刑,企业停顿乃

[20] 比如:国家有关机关对吉林长生生物公司没收违法生产的疫苗、违法所得18.9亿元,处违法生产、销售货值金额三倍罚款72.1亿元,罚没款共计91亿元。参见《严惩!长生生物公司被处罚没款91亿元》,载http://www.sohu.com/a/259874586_380091,最后访问时间:2019年3月29日。

[21] 参见储槐植:《再说刑事一体化》,载《法学》2004年第3期。

至破败的情形。^{〔22〕}因而于企业而言，一旦涉及刑事犯罪，即便在定罪之前，刑事法也产生了伤筋动骨的效果，大型企业对此可能还有一定的缓冲能力，但对中小企业来说，则不啻为灭顶之灾。不管是刑事立法，还是刑事司法，对刑法于企业或者经济活动的严厉性，并未给予足够的重视。因而笔者认为，可以借鉴民事执行工作中的“生道执行”理念，缓和我国刑事法本身对经济犯罪的过度严厉性。

三、以部门法关系为出发点的经济犯罪惩处模式调整

不同于传统的刑事犯罪，经济犯罪是以经济违法为前提的，因而既破坏了特定的经济运行关系，又严重侵犯了市场经济秩序，具有二次违法的特点。但经济违法行为成立犯罪，并非意味着仅有刑法给予处罚，就能达到治理的效果，不再需要经济法律的管束和调整。因而即便是坚持刑法积极干预主义，也不可能忽略部门法功能综合主义。就经济违法行为所发生的领域和所产生的影响而言，在恢复或者保持市场经济活力的意义上讲，部门法功能综合主义显得尤为重要，指明了刑法积极干预主义的具体导向。以此来考虑经济犯罪的立法完善，符合经济犯罪治理的需要和规律。而我国当前刑法立法，也注意到了这些问题，出现了改变经济犯罪之重刑倾向的做法，如《刑法修正案（八）》删去了集资诈骗罪法定刑中的死刑。这是一个良好的开端，但立法上对部门法关系却没有明确的强调。

（一）以生道为原则确定经济犯罪刑事政策

刑事政策在国家刑事法律活动中具有非常重要的地位，不仅指导刑法立法，而且对刑法规范的司法适用也有重要影响。如死刑政策就对我国以刑法修正案形式删减有关犯罪之法定刑中的死刑，产生了重要的影响；再如，严打刑事政策曾在我国改革开放的相当长时期内，对刑法立法和司法发挥了重要的引导作用。^{〔23〕}但是，对于经济犯罪的治理，我国并没有确立具体的刑事政策。即便全国政法工作会议在2004年12月提出宽严相济刑事政策，后来该政策逐步演变为基本刑事政策，在一定意义上替代了过去惩办与宽大刑事政策，改造了严打刑事政策，但是，对于经济犯罪，如何贯彻宽严相济刑事政策，不无问题，不管是最高人民检察院发布之《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》，还是最高人民法院发布之《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，对此都付之阙如，而理论界对此也是关注不多，往往在阐述相关问题（如死刑制度改革、刑罚体系完善等）时略微论及经济犯罪，远不如刑事法界对死刑制度如何贯彻宽严相济刑事政策进行的精耕细作式的研究。^{〔24〕}近几年，最高司法机关在民营企业产权刑法保护的相

那么，这种情形的出现是因为对经济犯罪的治理不需要明确的刑事政策来指引吗？笔者认为

〔22〕 对此，可以从反面来理解。公安部曾多次发文，要求各地公安机关不得随意插手经济纠纷，不得随意查封扣押冻结企业财产。如公安部于1989年3月15日曾发布《关于公安机关不得非法越权干预经济纠纷案件处理的通知》。

〔23〕 参见赵秉志主编：《刑法学总论研究述评（1978—2008）》，北京师范大学出版社2009年版，第58—65页。

〔24〕 参见赵秉志主编：《宽严相济刑事政策在死刑适用中的贯彻研究》，中国法制出版社2015年版，第120页。

为,答案是否定的。恰恰相反,关于经济犯罪之处理的种种批评意见表明了明确和具体之经济犯罪刑事政策的重要性。那么,对于经济违法行为的主体,是采取消灭和根绝的思维,还是待之以恢复经营能力,并引导合法经营的措施呢?国家并没有很明确的表态,而是比较含糊和抽象地倡导不得干预经济纠纷,积极保护企业产权这样的精神宏旨。而正是因为国家在此方面缺乏明确的政策和方针,所以司法实务上在处理经济犯罪时采取不区别于传统刑事犯罪的强制措施。司法实务机关在处理经济犯罪时,只重视打击和惩治,并不看重其他部门法对经济违法行为处理的功能,也不看重刑事制裁对企业活力的扼制及其程度,更谈不上考虑如何让企业恢复经营能力。在一定意义上讲,司法实务机关对经济犯罪的处理还停留在改革开放初期那种单纯强调刑法积极干预主义的思路。其实,不同于那些侵犯财产的犯罪,大多数经济违法行为主体以获得更多利益或者付出更低成本为目的,对市场经济秩序造成了破坏。对这些经济违法行为的治理,也应该以恢复秩序为目标,让市场能够继续得到发展的力量,而这些力量却来自于市场主体的经营活动,因而市场主体的活力就成为市场繁荣、经济发展的源泉。对经济违法行为,既要惩处,又要让行为主体有继续进行经济活动的的能力。毕竟,市场的正常秩序并非自然而然就存在的,秩序被破坏其实也是市场经济本身的风险,其必须对此有承受和消化的能力。当然,只有对那些极为严重地破坏市场经济,或者以非法经营为业的市场主体,才以剥夺其进行经济活动的的能力的方式进行处罚。所以,笔者尽管也承认宽严相济刑事政策作为当前乃至未来一段时间国家基本刑事政策的地位,经济犯罪的惩治自然也应该贯彻该政策,但是,在此政策之下,更为明确和具体的经济犯罪刑事政策,却也是很有必要的。初步考虑,可以将宽和、生道的刑事政策作为经济犯罪的刑事政策。

(二) 以刑法补充性为指导惩处经济犯罪

如何对经济犯罪运用宽严相济刑事政策,如前所述,最高司法机关在相关规定中并没有明确提及,更遑论详明的阐述了。因而对于处理具体经济犯罪案件的司法机关而言,对经济犯罪是从严还是从宽,如何宽严相济,其实缺乏明确和直接的依据,只能进行自由裁量。而这种自由裁量在很多时候会受到当地经济形势和利益驱动的影响,不自觉地具有一定的随意性,或者因为利税需求而过于宽缓,或者因为利益驱动而一概从严,这都偏离了刑事法的规定。因而从表面上看,对经济犯罪的惩处,似乎不需要特定的理念或者政策予以指导。显而易见,这种观感是不正确的。

其实,对于经济犯罪的处理,不管是最高司法机关,还是公安部,都通过规范性文件来引导办案机关的理念和思路。例如,早在 20 世纪 80 年代末,公安部就于 1989 年 3 月 15 日发布了《关于公安机关不得非法越权干预经济纠纷案件处理的通知》。如前所述,最高司法机关、公安部、司法部都曾发布民营企业或者非公有制经济发展的相关规范性文件,也都强调准确认定经济纠纷和经济犯罪的性质、严格掌握入刑标准等问题。但困难的是经济违法行为入罪的标准界定问题。尽管最高人民检察院、公安部发布规定,界定了相关经济犯罪的追诉标准,但如前所述,因为情节的复杂性,不同情节之间是否具有同等危害,还不无争议。因而经济违法行为的入罪,在标准界定上存在值得深入分析和研究的问题。对此,笔者认为,可以从如下两个方面来考虑:(1) 以实害的观念指导入罪标准的界定。就经济犯罪而言,所谓的实害表现为行为人非法获得的经济利益或者给相关权益人造成的经济损失,都可以表现为特定数额的金钱。当然,对于某些犯

罪而言，可能也存在造成人员伤亡的情况，如生产、销售假药罪等，自然属于实害的情形。对于那些涉及数额比较大，但并没有实害的情况，在是否入罪的问题上，要保持一种慎重的态度，注意发挥刑法谦抑性的作用。^{〔25〕}（2）以谦抑的观念指导入罪标准的界定。就经济违法行为而言，若是没有造成实害，要看行为对市场经济秩序是否造成了破坏。对于经济违法行为而言，其所破坏的主要是社会主义市场经济秩序，而是否属于犯罪，要看相关的经济秩序是否需要刑法的介入才能得以恢复。如果不需要刑法介入，仅通过相关的行政法或者民法，能使得被破坏的经济秩序恢复，那就应当发挥行政法或者民法的功能。在这里强调刑法的谦抑性，其实就是在纠正经济违法行为、恢复经济秩序的问题上，尽可能减少和限制刑法的介入。对于具体的经济违法行为，先由行政管理机关介入，采取行政处罚措施，观察和分析行为人悔过的态度和改正的表现：若行为人有积极表现，能够采取行之有效的措施纠正违法，恢复经济秩序，那么，刑法的介入即属多余；若行为人没有积极表现，推诿拖拉，再有违反，涉及数额较大，即可由刑法介入干预。因而可以考虑将行政处罚及其效果考察，作为前置性的措施。若此，在本质上使得针对经济犯罪的刑事程序具备可逆性。在此将行政程序前置化，就更加强调了刑法本身的补充性。突出刑法的补充性，正是刑法谦抑的恰当表现。从这意义上看，不能简单地将二次行政违法的行为直接认定为犯罪，还要看涉及的数额情况、对经济秩序的破坏情况等，给予整体性的综合评价，从而充分贯彻前述的宽和、生道的刑事政策。

（三）以秩序罚与财产刑为主建构经济犯罪刑罚体系

就目前来看，我国刑法分则对经济犯罪所规定的刑罚，在种类上处于刑法总则规定的范围内，而我国刑法所规定的刑罚，呈现出以自由刑为中心、以生命刑和财产刑为补充的特点。因此，我国刑法对经济犯罪所规定的各种法定刑，并不明显地区别于其他类型的犯罪（如恐怖活动犯罪、侵犯人身权利的犯罪等）。例如，刑法分则所保留的死刑罪名，尚有属于经济犯罪范围的生产、销售假药罪和生产、销售有毒有害食品罪；以无期徒刑为关键词，对刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的条文进行搜索，有29个搜索结果，也就是说不少于29种经济犯罪，以无期徒刑为法定刑之一，考虑到十年以上有期徒刑与无期徒刑之间的衔接，这意味着不少于29种的经济犯罪，也以十年以上有期徒刑为法定刑之一。可见，我国刑法对经济犯罪之法定刑的规定，完全覆盖了刑法总则规定的所有刑种。不能不说，这样的规定有一定程度的重刑主义色彩，反映出当时立法者并不区分犯罪类型而配置法定刑的立法思路。

如果站在立法当时来看立法者的思路，我们应该是可以理解和接受的，因为当时我国刚刚开始进行社会主义市场经济体制改革和制度建构，很多问题尚未得到清楚的分析论证以及有针对性的回应，立法者就经济犯罪的规定和法定刑配置也带有尝试和摸索的意味，并非当然是成熟和稳定的做法。而立足于当前的情况看，社会主义市场经济的发展已经走过了二十多年的历程，经历了相关制度的冲突、动荡、磨合而趋向于成熟。回头来看，经济活动与其他类型的社会活动有着显著的区别，而市场经济的规律也决定了对经济违法行为应该采取不同的处理和应对方式，将重

〔25〕 对于刑法的谦抑是刑法的价值还是刑法的性质这一问题，理论上存在争议。参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社2016年版，第56页；陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社2001年版，第150页。

心放在经济秩序的恢复上；而对于经济违法的行为主体，在惩处上也应该重视前述的宽和、生道刑事政策，不以随意剥夺或者限制其经营能力为重点，甚至相反，应当努力保持其经营能力，为市场经济本身带来生生不息的活力。基于当前我国市场经济发展较为成熟的背景，对于经济犯罪的惩处，应当调整惩处的思路 and 模式。对此，笔者认为，以宽和、生道刑事政策为指导，调整经济犯罪的法定刑种类，以经济惩罚为主，以自由惩罚为辅，删去或者改变死刑为法定刑的情形。首先，国家在立法上改变与其他类型犯罪在刑种上完全相同的做法，将经济惩罚作为经济犯罪的主要应对手段，将经济秩序恢复作为惩处的主要目标。其次，就罪状而言，立法者考虑经济犯罪与其他实害型犯罪（如危害公共安全的相关犯罪、侵犯财产的相关犯罪等）的竞合情形，将有实害且能为其他犯罪所包容的情形，规定在其他犯罪的范围内，让司法者以竞合的思路按照其他犯罪来处理，仅就经济违法行为依据具体的手段、次数、影响等因素来入罪。再次，就法定刑而言，舍弃以自由刑为中心的刑罚体系，改为以财产刑为中心的刑罚体系，即便如此，也不是轻易以刑罚来应对，在秩序罚能起作用的情况下，还是优先发挥秩序罚的作用。^{〔26〕} 进而言之，立法者应当考量保安处分纳入刑法典的问题，将相关的秩序罚措施规定在保安处分的范围内，使恰当的保安处分率先成为惩治经济犯罪的措施，乃至主要措施。如果能更进一步，那么，还可以考虑将秩序罚作为应对经济违法活动的前端措施，使之处于主要的地位，以财产刑、资格刑为主的刑事罚作为补充和辅助。最后，将秩序罚作为应对经济违法行为的主要措施，不是对刑法积极干预主义的否定和抹杀，恰恰是注重刑法本身的品性和特点，在部门法功能综合主义的视角下，结合刑法的补充性来发挥刑法的惩治作用。

四、结 语

不管是刑法积极干预主义还是部门法功能综合主义，在理念上并没有太多的疏漏和缺憾，但应该明确的是各自的适用都有具体的条件。对于经济犯罪，其实也应当在不同的时期和条件下采用不同的应对思路。不过，二者的共同问题就是难以为经济犯罪的认定提供明确和具体的标准。最高司法机关、公安部发布的相关规范性文件尽管强调刑事法手段对经济纠纷的限制适用，但一旦涉及具体经济违法活动，入罪标准的抽象和模糊这一问题就凸显出来，而且，如前所述，经济违法行为的定罪量刑活动很容易引起实务中的争议和分歧。究其原因，就是司法实务和理论上并没有对经济犯罪的刑事政策进行适合性的研讨，尽管不能否认宽严相济刑事政策的重要指导作用，但司法实务和理论上对经济犯罪之刑事政策的轻视或者忽视，导致了经济违法行为入罪标准的模糊化，因而经济犯罪之刑事政策的界定和阐述就成为关键。在宽严相济刑事政策的范畴之下，笔者结合民事执行的情形和规律对经济犯罪的刑事政策做了一定的界定，从市场经济本身的需求和发展出发，将宽和、生道刑事政策作为经济犯罪的具体刑事政策，并以此为基础，分析司法惩处和立法改进经济犯罪之罪刑规范思路，总体上都是强调刑法的谦抑或者补充性，

〔26〕 参见黄明儒：《论行政犯与刑事犯的区分对刑事立法的影响》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第13卷，法律出版社2008年版，第180页。

尽可能发挥行政法或者民法的预先性作用，甚至确定经济违法行为之行政程序的前置性。不过，对经济犯罪之部门法关系的思考，不仅仅是刑事实体法的思维起点，更要将其置于刑事一体化的范式之下，用以考量对涉嫌经济犯罪之行为主体适用各种刑事强制措施的必要性和适当性问题。

Abstract: At the beginning of formulating the norms of economic criminal law, the national legislature has taken into account the issue of the relationship between sectors and laws in dealing with economic illegal acts. Therefore, even if we advocate the active intervention of criminal law, we should not ignore the particularity of its occurrence field, recognize the subordinate attribute of the norms of crime and punishment in economic criminal law, so as to give full play to the functions of sectoral law comprehensively, and effectively integrate criminal law and economic law in the application effect, and then deal with economic crimes and restore economic order. For a long time in the past, the application of criminal law in our country ignored the particularity of economic crime, and some practices and measures did not accord with the order requirement of economic criminal law. Therefore, it is necessary to consider the legislative perfection of the crime and punishment norms of economic crime in the criminal law from the relation of the department law.

Key Words: economic crime, economic penalty, crime and punishment norm, department of law, economic violation

(责任编辑：李 伟 赵建蕊)